

Hendarin Mouselli is advocaat flexibele arbeid bij VRF Advocaten, promovenda aan de Universiteit Utrecht en lid van de Raad van de Orde Zeeland-West-Brabant. Daarnaast is zij spreker en schrijver over allerlei onderwerpen in de flexbranche. hendarin@vrfadvocaten.nl



Column

Hendarin Mouselli

Coca-Cola

2021 Was het jaar dat Cristiano Ronaldo voor de ogen van het wereldpubliek het flesje Coca-Cola verving voor een flesje water. Hoe gezond of ongezond je het drankje ook mag vinden, Coca-Cola is voor mij één van de meest inspirerende merken ooit. Coca-Cola heeft dankzij het beeld van de Kerstman het merk weten om te buigen naar een verfrissend drankje voor tijdens de feestdagen. Er gaan geluiden dat Coca-Cola zich weer gaat richten op de medicinale werking van het drankje. Eigenlijk net zoals de payrollmarkt, die sinds de invoering van de Wab ook weer terug is naar haar oorsprong, namelijk het ontzorgen in werkgeverstaken. Het is dankzij Coca-Cola dat wij hebben kennism gemaakt met de man in een te zoet fluweel rood pak, met een dikke buik en een witte baard. De daarbij behorende traditionele kerstkleuren zijn dit jaar helemaal trendy. Ook in het modebeeld. Ze pieken. Dat laatste deed ook de payrollmarkt.

In de rechtspraak zou dat pieken wel wat meer mogen als het gaat om de uitleg van de payrollovereenkomst. Hoe begrijpelijk de diverse uitspraken over de payrollovereenkomst soms ook zijn, er gaat iets fundamenteels niet goed. De uitspraken hebben allemaal gemeen dat als er beoordeeld moet worden of sprake is van een payrollovereenkomst, de focus slechts ligt op twee elementen. Namelijk of er wel of niet is gealloceerd en of er wel of niet exclusief ter beschikking is gesteld. Dat is, als je het mij vraagt, geen goede ontwikkeling. Want een zuivere toetsing aan de relevante bepaling is belangrijk voor de rechtsvinding.

Zo dient de payrollovereenkomst te voldoen aan de definitie van de uitzendovereenkomst. Dit betekent onder meer dat voldaan moet worden aan de eis van bedrijfsmatige terbeschikkingstelling. In geen van de gepubliceerde uitspraken blijkt dat hieraan wordt getoetst. Een andere opvallende verschijning in de rechtspraak is de invulling van exclusieve terbeschikkingstelling. Volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is deze eis mede verworden tot een vervangings-clausule. Kort gezegd dat de formeel werkgever de arbeidskracht mag vervangen door een andere arbeidskracht. Ik zie voor deze uitleg geen grondslag in de wettekst, noch in de parlementaire geschiedenis. Het gaat er niet om of de formele werkgever de arbeidskracht zonder toestemming van de opdrachtgever mag vervangen door een ander. Het gaat er juist om of de arbeidskracht zonder toestemming van de opdrachtgever aan een andere opdrachtgever ter beschikking mag worden gesteld. Een klein verschil, maar mogelijk met veel impact.

Een ander element in de rechtspraak is dat er behoorlijk wat waarde wordt gehecht aan een zogenoemd schriftelijk non-exclusiviteitsbeding. Het lijkt erop dat contracten zo kunnen worden opgesteld dat daarmee snel wordt voldaan aan de non-exclusiviteitseis. Het is de vraag of dat een goede ontwikkeling is, omdat hiermee eenvoudig een papieren werkelijkheid kan worden gecreëerd. Terug naar het verhaal van Coca-Cola en de Kerstman. Als conform het SER-adviesrapport de wetgever gaat bepalen dat de inlenersbeloning bij uitzenden meer gelijk wordt getrokken met de gelijke behandeling bij payrolling, bestaat de kans dat payrolling in 2022 net zoals de Kerstman zomaar eens miljoenen fans kan krijgen. Maar, ho ho ho, zo ver is het nog niet. Eerst maar eens Kerstmis vieren, met of zonder Coca-Cola en Kerstman.